

**FUERO DE MATERNIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.
DISCREPANCIAS ENTRE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y LA CORTE
CONSTITUCIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN A LAS MADRES GESTANTES Y
LACTANTES DURANTE LA RELACIÓN LABORAL**

SILVIA MILENA YÁÑEZ GIRALDO

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLIN
2017**

**FUERO DE MATERNIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.
DISCREPANCIAS ENTRE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y LA CORTE
CONSTITUCIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN A LAS MADRES GESTANTES Y
LACTANTES DURANTE LA RELACIÓN LABORAL**

SILVIA MILENA YÁÑEZ GIRALDO

**Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar
al título de Abogado**

Asesor: Cristian Camilo Correa Gallo

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLIN**

2017

Nota de aceptación:

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Medellín, abril de 2017

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	5
1. FUERO DE MATERNIDAD EN COLOMBIA	7
1.1 PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD EN MATERIA LABORAL	7
1.2 LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA	14
1.3 CONCEPCIÓN EN LAS ALTAS CORTES	17
1.3.1 Corte Suprema de Justicia	17
1.3.2 Corte Constitucional	23
1.3.2.1 En el contrato a término indefinido	25
1.3.2.2 En el contrato a término fijo.....	25
1.3.2.3 En el contrato por duración de la obra o labor determinada.....	26
2. EXTENSIÓN DEL FUERO DE MATERNIDAD MAS ALLA DE LA SIMPLE RELACIÓN LABORAL.....	29
2.1 CONTRATO DE ASOCIACIÓN COOPERATIVA	31
2.2 Contrato con empresas de servicios temporales (est).....	31
2.3 Contrato de prestación de servicios.....	32
2.4 Contrato de aprendizaje.....	33
3. ACCIONES PARA LA PROTECCIÓN DEL FUERO DE MATERNIDAD.....	35
3.1 Acción ordinaria	36
3.2 Acción de tutela	37
4. CONCLUSIONES	40
BIBLIOGRAFIA	42

INTRODUCCIÓN

Una de las situaciones más cotidianas en el desarrollo de las relaciones laborales es la de la gestación en el caso de las trabajadoras. Por lo tanto, resulta de gran importancia para el ordenamiento jurídico regular todas las consecuencias que se desprenden del estado de embarazo en el ámbito de dichas relaciones. En este caso, centraremos la atención únicamente en una de esas consecuencias, quizás la más importante, que es la terminación del vínculo laboral, bien sea por el despido o por la terminación del contrato de trabajo.

Este trabajo pretende dar cuenta del estado actual del denominado “*fuero de maternidad*” en el marco de las relaciones de trabajo, pero principalmente la forma en que ha sido desarrollada la figura en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia.

Para conseguir este objetivo, se abordará el tema desde lo general a lo particular, indagando sobre los orígenes jurídicos de dicho fuero y su sustento normativo en el plano nacional e internacional. Además, se abordarán las distintas líneas de decisión en cada una de las Cortes sobre el tema, para lo cual se plantearán las hipótesis que existen al respecto, a la vez que se plantearán las soluciones que para cada hipótesis han planteado los altos tribunales.

También se abordará esta figura en otro tipo de relaciones de trabajo, donde la característica principal es la desnaturalización de la relación laboral, y que adoptan forma jurídica a través de contratos de origen civil o comercial, pero que tienen como elemento principal la prestación de servicios por parte de trabajadoras susceptibles de protección a través de la figura del fuero de maternidad.

Finalmente, se hará una síntesis de hipótesis en las que se señalarán los puntos de coincidencia y disidencia de las Altas Cortes, tratando de indicar los argumentos principales que giran en torno a los puntos diferenciadores, de tal suerte que pueda indicarse cuál es la mejor manera de abordar este tipo de conflictos desde la perspectiva judicial. Así, se analizarán por separado las acciones ordinarias y la acción de tutela, como mecanismos judiciales de amparo al fuero de maternidad, para que el lector pueda determinar, en cada caso particular, cuál es la acción idónea para la defensa de estos intereses.

1. FUERO DE MATERNIDAD EN COLOMBIA

1.1 PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD EN MATERIA LABORAL

En nuestro ordenamiento jurídico existen normas de carácter constitucional y legal que protegen la gestación y la lactancia en materia laboral, el artículo 43 de la Constitución Política dispone al respecto: “(...) *La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado (...)*”, pero esta norma debe ser además concordada con el principio de igualdad que establece el artículo 13 de la norma superior, que por una parte proscribe la discriminación por cualquier tipo de razón, entre ellas razones de género; y por otra parte la correlativa obligación del Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva.

Para el Estado colombiano no ha sido ajeno el tema, pues antes incluso de promulgarse la Constitución Política de 1991 y por tanto las normas antes referidas, el Código Sustantivo del Trabajo¹ establecía unas reglas para la protección a las trabajadoras gestantes y lactantes, según las cuales estaba prohibido despedirlas por dicho motivo. Estas reglas han mantenido vigencia, con algunas modificaciones, entre las cuales se destacan las reformas introducidas por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, en vigencia de la anterior Constitución, y por los artículos 2 de la Ley 1468 de 2011 que se produjo ya en vigencia de la Constitución de 1991, y 2 de la Ley 1822 de 2017 que se expidió recientemente, en armonía con los pronunciamientos de las Altas Cortes sobre la materia. Estas reglas se han hecho extensivas también a las funcionarias públicas, en virtud de normas como el Decreto 3135 de 1968 y, más recientemente, de la Ley 909 de

¹ Decreto Ley 3743 de 1950

2004². El siguiente cuadro comparativo muestra cuál ha sido la evolución normativa en este aspecto:

Decreto Ley 3743 de 1950 Artículo 239	<p>Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.</p> <p>Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia cuando ha tenido lugar dentro del período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin la autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.</p> <p>La trabajadora despedida sin la autorización de la autoridad tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salario de sesenta días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo, y además, al pago de ocho semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo, si no lo ha tomado.</p>
Ley 50 de 1990 Artículo 35	Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o

² En su artículo 51 dispone una serie de reglas que protegen la maternidad de aquellas funcionarias que han ocupado el cargo en condición de provisionalidad, en período de prueba en casos de carrera administrativa y en declaración de insubsistencia por calificación no satisfactoria.

	<p>lactancia.</p> <p>Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia cuando ha tenido lugar dentro del período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin la autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.</p> <p>La trabajadora despedida sin la autorización de la autoridad tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salario de sesenta días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo, y además, al pago de doce semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo, si no lo ha tomado.</p>
Ley 1468 de 2011 Artículo 2	<p>Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.</p> <p>Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia cuando ha tenido lugar dentro del período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y</p>

	<p>sin la autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.</p> <p>Las trabajadoras de que trata el numeral 1 de este artículo que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tienen derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo.</p> <p>En el caso de la mujer trabajadora además, tendrá derecho al pago de las catorce semanas de descanso remunerado a que hace referencia la presente ley, si no ha disfrutado de su licencia por maternidad; en caso de parto múltiple tendrá derecho al pago de dos semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término.</p>
Ley 1822 de 2017 Artículo 2	<p>Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa</p>

	<p>del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa.</p> <p>Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando este haya tenido lugar dentro del período de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al parto.</p> <p>Las trabajadoras de que trata el numeral 1 de este artículo, que sean despedidas sin la autorización de las autoridades competentes, tendrán derecho al pago adicional de una indemnización igual a 60 días de trabajo, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su contrato de trabajo.</p> <p>En el caso de la mujer trabajadora que por alguna razón excepciones no disfrute de la semana preparto obligatoria, y/o de alguna de las diecisiete semanas de descanso, tendrá derecho al pago de las semanas que no gozó de licencia. En caso de parto múltiple tendrá derecho al pago de dos semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la</p>
--	--

	fecha del alumbramiento y el nacimiento a término.
--	--

Como puede observarse en este cuadro comparativo, la evolución normativa ha girado, principalmente, en torno a los períodos de licencia de maternidad, mientras que la prohibición de despedir y la presunción del despido por motivo de maternidad o lactancia, han permanecido incólumes desde 1950.

A pesar de parecer suficientemente claro el propósito del legislador en la protección de la maternidad, ha sido necesario que el intérprete natural de la Ley, como lo son los jueces, hayan realizado esfuerzos inmensos por moldear y resaltar las características más relevantes de esta protección, a tal punto que incluso han chocado en algunas definiciones y algunos entendimientos, pero al tiempo han dotado de elementos jurídicamente sólidos la figura del denominado *fuero de maternidad*³, a tal punto que resulta más comprensible para la comunidad jurídica y, sobre todo, para los empleadores y trabajadoras que son los directamente implicados en este tipo de asuntos.

Este desarrollo normativo y jurisprudencial ha sido producto de los procesos de transformación que se han dado a nivel global, incluso muchos de los elementos que han sido desarrollados por los jueces en sus providencias y por el legislador mismo, encuentran fundamento en instrumentos internacionales que han sido de gran ayuda a la hora de determinar la importancia y el impacto de este tipo de regulaciones. Es así como han hecho parte fundamental en nuestro desarrollo legislativo las regulaciones contenidas en tratados, pactos, recomendaciones y

³ Fuero de maternidad es el nombre con el que se conoce en la doctrina a la protección reforzada en el empleo de las madres gestantes y lactantes.

demás instrumentos internacionales que gozan de plena legitimidad en nuestro ordenamiento jurídico en el marco del denominado bloque de constitucionalidad.

Los principales instrumentos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, es decir que han sido ratificados por el Estado Colombiano y contienen normas de carácter protector en materia de gestación y lactancia, han sido los siguientes: Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “PIDESC” (artículo 10.2), Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer “CEDAW” (artículo 12.2), Convención Americana sobre Derechos Humanos “CADH” (artículos 1 y 24), Pacto de San Salvador (artículos 3 y 6), Convenios de la OIT No 3, aprobado por Colombia mediante Ley 129 de 1931, No 111 de 1958, No 156 de 1981, No 183 de 1952. Estos son los principales instrumentos internacionales en los que ha encontrado fundamento el desarrollo normativo y jurisprudencial del denominado fuero de maternidad, que comporta la garantía para la mujer embarazada o lactante de mantener un ingreso que le permita una vida en condiciones dignas para ella y para su recién nacido.

Esta protección especial a la que se viene haciendo referencia para las trabajadoras gestantes y lactantes, ha sido englobada bajo la figura del “*fuero de maternidad*” para indicar con ello que no solamente se trata de un conjunto de normas de carácter prohibitivo e indemnizatorio, sino que se trata de un fin del Estado en sí mismo, en el que se involucran todos los empleadores, tanto del sector público como del sector privado, para materializar el derecho a la igualdad de las mujeres trabajadoras, que constituye un principio rector del ordenamiento jurídico colombiano. Este denominado fuero de maternidad implica unas prerrogativas en favor de la mujer gestante o lactante, que no se agota únicamente en las restricciones para finalizar el vínculo laboral, sino que involucra además el derecho a la atención médica y hospitalaria, a la continuidad en la afiliación al sistema integral de seguridad social, de tal suerte que se garantice el

pago de la licencia de maternidad, y la estabilidad laboral reforzada, que comprende incluso relaciones de trabajo distintas al contrato de trabajo.

1.2 LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

El artículo 53 de la Constitución Política impone la obligación al Estado de adoptar el Estatuto del Trabajo, y define unos principios mínimos que debe contener y son de rango constitucional, entre esos principios se encuentra el de *“estabilidad en el empleo”*. No obstante, el Congreso de la República aún no ha adoptado el Estatuto del Trabajo y el principio de estabilidad laboral ha tenido que ser desarrollado por la jurisprudencia de las Altas Cortes. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que *“(…) la estabilidad plena en el empleo como componente del derecho laboral, significa que no puede acabarse un pacto sino únicamente cuando se demuestre que el objeto o la función de lo contratado ha desaparecido o que está de por medio una justa causa (…)”*⁴. Así mismo, la Organización Internacional del Trabajo, en Convenio 158 de 1982, no ratificado por Colombia, estableció esta forma de mantener el empleo, pero al respecto existe una contradicción con la legislación interna por cuanto el legislador, en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, estableció una serie de causales para terminar el contrato de trabajo unilateralmente con justa causa aunque siga existiendo el objeto que dio lugar al contrato de trabajo.

Por su parte, la Corte Constitucional ha defendido la estabilidad laboral como un derecho en sí mismo, limitando su alcance a la protección de un grupo de personas que, por sus condiciones especiales, se encuentran en un estado de vulnerabilidad o indefensión mayor que otras. Es así como ha protegido especialmente el derecho al empleo de personas en condiciones de discapacidad, madres cabeza de familia, mujeres gestantes o lactantes, entre otros. Esta Corte

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 30 de julio de 2014, Radicado 38288. M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderon

ha precisado que “(...) si bien, conforme al artículo 53 de la Carta, todos los trabajadores tienen un derecho general a la estabilidad en el empleo, existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual en tales eventos cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada”⁵.

Toda esta situación ha dado lugar a clasificar la estabilidad en el empleo en dos categorías: la propia y la impropia. La primera consiste en que el trabajador únicamente puede ser despedido con fundamento en una justa causa; mientras la segunda consiste en que el trabajador puede ser despedido aduciendo una justa causa, o en ausencia de ella, pagando una indemnización al trabajador⁶. De esta manera, el ordenamiento jurídico colombiano, en una interpretación integral, ha adoptado un sistema de estabilidad laboral impropia, protegiendo solamente en casos muy específicos, derechos fundamentales de los trabajadores, en lo que ha denominado la jurisprudencia la estabilidad laboral reforzada.

Entre las personas que cuentan con estabilidad laboral reforzada, por tener comprometidos derechos fundamentales en la pérdida del empleo, se encuentran las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia. Ahora también están cobijados los cónyuges, compañeros permanentes y parejas de la mujer embarazada sin trabajo y que sea beneficiaria de aquel⁷. Esta estabilidad reforzada encuentra sustento en los artículos 13 y 53 de la Constitución Nacional, a los que ya se ha hecho referencia, y en los artículos 239, 240 y 241 del Código Sustantivo del Trabajo que establecen, en resumidas cuentas, que ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia, y que se

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-470 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 30 de enero de 2013, Radicado 38272, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

⁷ Esta extensión ha sido introducida al ordenamiento jurídico por Sentencia integradora C-005 del 18 de enero de 2017, proferida por la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva. Doctrinariamente, ya se empieza a conocer esta interpretación como la creación de un fuero de paternidad, sin embargo el texto de la sentencia no lo denomina así, entre otras cosas porque puede darse la situación que el fuero sea extendido, no al padre progenitor, sino a la compañera permanente o la pareja de la madre embarazada que puede incluso ser del mismo sexo.

presume que el despido fue por tal motivo cuando ocurre durante el período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto. Además establece que el despido que ocurra en estas condiciones, dará lugar a una indemnización equivalente a 60 días de trabajo, adicional a las demás indemnizaciones y prestaciones que se causen de acuerdo con el contrato de trabajo que tenga. Finalmente, aplica la ineficacia del despido cuando el mismo se produzca en los períodos de embarazo y lactancia, así como también en la comunicación de preaviso cuya expiración del plazo pactado se produzca durante la licencia de maternidad, sin perjuicio de la indemnización a la que se hizo alusión.

El derecho a la estabilidad laboral es, entonces, un derecho que se materializa con mayor fuerza cuando se trata de sujetos con condiciones especiales, entre los cuales se encuentran las trabajadoras embarazadas o lactantes como bien lo ha reconocido la Corte Constitucional al indicar que:

(...) por esto, tal condición subjetiva ha servido para hacer reforzar sus derechos laborales respecto de los demás trabajadores, en el sentido de limitar al empleador su poder de disponibilidad de la trabajadora e incrementar *pari passu* la estabilidad en el empleo de ésta como forma de protección efectiva de los bienes constitucionales relacionados con ella: derechos de la mujer, derecho a la no discriminación, derechos de los niños, derechos de la familia. Por esto también, la estabilidad laboral reforzada predicable de la mujer en estado de embarazo o lactancia y de la que es madre cabeza de familia, se puede entender como un avance más en el proyecto constitucional de ser un Estado garante de la libertad, la igualdad y la dignidad humanas y de que se haga efectivo el trabajo como principio, derecho, deber y libertad, como forma de participar de las oportunidades que ofrece el desarrollo, en ejercicio de sus capacidades y condiciones especiales⁸.

Ahora bien, para que opere la denominada estabilidad reforzada para las madres gestantes y lactantes, se requiere que concurren los siguientes requisitos: 1) Que la trabajadora se encuentre en embarazo o en período de lactancia que es el lapso que va desde el parto hasta seis meses posteriores al mismo; y 2) Que el

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-629 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez

empleador conozca este hecho, bien porque la trabajadora lo informó o bien porque es un hecho notorio. Aunque este segundo requisito, como lo veremos más adelante, cederá para procurar una protección intermedia en algunos casos específicos.

Estos requisitos han sido abordados por las Altas Cortes de diversas maneras, llegando a consenso en algunos puntos, pero difiriendo en otros, lo cual hace que el tratamiento sobre la estabilidad reforzada en el empleo tenga un manejo diferente según la acción que se ejerza para procurar la protección de este derecho o invocando el denominado fuero de maternidad que ya analizamos.

1.3 CONCEPCIÓN EN LAS ALTAS CORTES

1.3.1 Corte Suprema de Justicia

Desde el año 2008⁹, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha venido sosteniendo que al momento de determinar la existencia del fuero de maternidad en un caso concreto, es indispensable diferenciar el despido de la terminación del contrato por vencimiento del plazo, en los siguientes términos:

(...) existen varios modos legales de terminación del contrato de trabajo que se enlistan en esta normatividad, dentro de los cuales se cuenta para lo que interesa al recurso de casación, con la expiración del plazo fijo pactado -literal c)- y la decisión unilateral en los casos de los artículos 7° del Decreto Ley 2351 de 1965 y 6° de la Ley 50 de 1990 –literal h-, donde no es dable confundir estas dos formas de finalización del vínculo y entrar a calificar el vencimiento del plazo como un despido.

Esto para significar que en ningún caso, debe confundirse la terminación de un contrato de trabajo por vencimiento del plazo con el despido de que trata el

⁹ Desde la sentencia del 3 de julio de 2008 con radicado 33396. Esta tesis tiene vigencia en la actualidad, ya que en pronunciamientos recientes se ha mantenido la posición (sentencias como la del 28 de mayo de 2015 con radicado 46731).

artículo 241 del CST, donde se le da la connotación de ineficaz al despido que se produzca durante la gestación o la lactancia.

El órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, sin desconocer la protección que la legislación le brinda a las mujeres gestantes y lactantes, indica que no es posible equiparar el rompimiento del contrato de trabajo a término fijo por expiración del plazo, a un despido, porque simplemente la razón del rompimiento, en el primer evento, obedece a un modo legal consistente en el cumplimiento del plazo, condición esta que no varía por la circunstancia del embarazo o maternidad¹⁰.

Esta misma tesis sobre la diferenciación de despido a la terminación del contrato, no solamente puede predicarse de los contratos a término fijo, sino también de los contratos por duración de la obra o labor determinada, por cuanto lo que ha precisado la Corte desde una perspectiva más amplia, es que cuando la duración del contrato depende de una condición o plazo, y tal condición o plazo se cumplen, el contrato termina porque así lo han estipulado las partes desde el inicio mismo del contrato, al establecer que ante el acaecimiento una condición (la terminación de la obra) o la llegada de una fecha cierta, dicho contrato terminaría.

Habiendo dejado clara la distinción entre el despido y la terminación del contrato, existen para la Corte Suprema unas hipótesis que se pueden presentar ante el despido de una trabajadora gestante o lactante. En la sentencia del 11 de mayo de 2000 con radicado 13561, reiterada en sentencia del 30 de agosto de 2011 con radicado 40283, la Corte Suprema de Justicia precisó lo siguiente:

- 1) El despido se produce por motivo del embarazo o lactancia, real o presuntamente, en este caso el despido deviene ineficaz.
- 2) El despido se produce por una justa causa, pero sin el permiso del Ministerio del Trabajo. En este caso el despido es eficaz pero se generan, a favor de la trabajadora, las consecuencias indemnizatorias y prestacionales.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 27 de abril de 2010, Radicado 38190, M.P. Luis Javier Osorio López

3) El despido se presenta dentro del período de licencia de maternidad o dentro del descanso obligatorio para la lactancia de que trata el artículo 238 del CST, en este caso el despido es ineficaz sin importar el motivo que lo origina.

4) El despido se produce con la autorización del Ministerio del Trabajo, en este caso, a pesar de estar embarazada la trabajadora, el despido es plenamente eficaz y no origina indemnización alguna.

Otra de las posiciones enfáticas de la Corte Suprema de Justicia, es que el fuero de maternidad solo inicia con la comunicación de la trabajadora a su empleador, sobre su estado de gravidez, o cuando el mismo se haga notorio. Y se extiende hasta los tres meses posteriores al parto y a los períodos legales de descanso de que trata el artículo 238 del CST *“que pueden ser de hasta 6 meses después del parto”*¹¹. Por esto, para que se presente la presunción de que trata el artículo 239 del CST, y pueda configurarse la hipótesis 1 antes descrita, es de gran importancia el conocimiento previo del empleador sobre el estado de embarazo de la trabajadora, tanto así que la misma Corte ha señalado que *“(...) para esos exclusivos fines atinentes a la protección en el empleo es indispensable el conocimiento del empleador, por cualquier medio (...)”*¹² y por consiguiente, cuando la trabajadora no cumple con su deber de informar a su empleador, resulta imposible presumir que dicho acto obedezca a razones relacionadas con su estado. De esta forma, previo a establecer si se está en presencia de un evento cobijado por el fuero de maternidad, resulta indispensable que el empleador conozca el estado de embarazo de la trabajadora, bien porque ella se lo informa por cualquier medio, o bien porque su estado es evidente a los ojos de cualquier persona; y esto porque mientras el empleador no esté enterado, no puede presumirse que la decisión de despedir obedezca al embarazo, pues: *“(...) En síntesis, si la protección legal apoyada en la censurable discriminación en el*

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 30 de agosto de 2011, Radicado 40283, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 28 de octubre de 2002, Radicado 18493, reiterado en Sentencia del 30 de agosto de 2011, Radicado 40283, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve

*empleo consiste en la presunción de despido por motivo de embarazo, es lógico que no puede predicarse tal propósito de quien termina el nexo jurídico con ignorancia del soporte del hecho presumido*¹³.

No obstante lo hasta aquí indicado, la Corte Suprema ha encontrado recientemente, que es necesario definir un modo de protección intermedia para los casos en que el embarazo se produce durante la ejecución de un contrato a término fijo, pero al vencimiento del plazo la trabajadora se encuentra en estado de embarazo, porque *“las garantías que se establecen legalmente en el Código Sustantivo del Trabajo, para proteger la maternidad de las trabajadoras, no pueden extenderse inapropiadamente a aquellos casos en los que la desvinculación de las mismas no se da como consecuencia de un despido, sino de una modalidad legal de terminación del contrato de trabajo”*¹⁴.

El supuesto relevante del fuero de maternidad es que se produzca un despido, lo cual no ocurre cuando lo que se presenta es la terminación del contrato por vencimiento del plazo, justificada en la legítima libertad del empleador para convenir la modalidad contractual con la trabajadora. Por esta razón, ha sido necesario establecer una forma de protección intermedia que guarde relación entre la especial protección a la maternidad y las libertades contractuales que permite la legislación laboral. Para dar solución a esto, la Corte Suprema de Justicia determinó que la solución más adecuada es que *“se garantice la vigencia del contrato de trabajo a término fijo durante el período de embarazo y por el término de la licencia de maternidad, en cada caso particular, que es un lapso prudencial, razonable y acoplado a las especiales realidades devenidas del embarazo”*¹⁵. Siempre siendo enfática la Corte en diferenciar la terminación del contrato por vencimiento del plazo, de un despido en los términos del fuero de

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 24 de septiembre de 1998, Radicado 10993, reiterada en Sentencia del 19 de octubre de 2011, radicado 41075, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 25 de marzo de 2015, radicado 38239, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno.

¹⁵ Ibid.

maternidad. Pues para esta Corte es importante que se tenga claridad que el contrato a término fijo no puede perder su esencia temporal, de tal manera que solo mantenga su vigencia por el período que sea necesario para darle la adecuada protección a la maternidad.

Esta nueva concepción del fuero de maternidad hace necesario que se incluyan dos hipótesis más a las ya descritas, consistentes en lo siguiente:

5) Terminación del contrato por vencimiento del plazo con previo aviso antes del embarazo. En este caso el contrato termina al vencimiento del plazo sin importar que la trabajadora se encuentre en embarazo al llegar este plazo, y sin lugar a indemnización alguna.

6) Terminación del contrato por vencimiento del plazo con previo aviso después del parto. En este caso el fuero de maternidad opera de manera especial, a pesar no de producirse un despido, pero solo se extiende hasta la finalización de la licencia de maternidad, que en cada caso es diferente, plazo en el cual el contrato terminará sin ninguna formalidad.

Si durante el lapso comprendido entre el preaviso de que trata la anterior hipótesis y la finalización de la licencia de maternidad, el empleador hace efectiva la terminación del contrato, el fuero únicamente ampara el reconocimiento de salarios y prestaciones por el referido lapso, sin indemnizaciones de ninguna naturaleza.

Para adoptar esta nueva posición, la Corte Suprema de Justicia consideró que era su deber:

(...) morigerar este último criterio en atención a la necesidad de propender por la continua reivindicación de los derechos de la mujer embarazada, que le permitan no solo mantener su posición como trabajadora, sino también -en amparo del mínimo vital-, percibir ingresos que le permitan sufragar sus gastos

y los del hijo que está por nacer y, consecuentemente, la posibilidad de acceder a los servicios de salud, tan frecuentemente necesarios en esa etapa de la vida tanto de la madre como del nasciturus¹⁶.

Y en tal sentido, y a pesar que todavía no lo haya dicho de manera directa en alguna providencia, podría pensarse que tal garantía también abarcaría a las trabajadoras que permanecen vinculadas mediante contrato por duración de la obra o labor determinada, en aquellos casos donde se presenta la terminación de la obra y la trabajadora se encuentra en estado de gravidez o disfrutando de su licencia de maternidad, pues la Corte misma ha basado su nueva concepción del fuero de maternidad en que *“debe garantizarse independientemente del tipo de contrato laboral que una a la trabajadora -que queda embarazada en vigencia del mismo- con su empleador, pues en todo caso, la finalidad de aquella es proteger a la madre y al hijo que está gestando”*¹⁷. Lo cual guarda su finalidad en cualquier tipo de vinculación laboral, porque en todo caso lo que pretende evitar el fuero de maternidad es que la trabajadora en embarazo o en lactancia quede cesante y por consiguiente desprovista de los ingresos necesarios para satisfacer las necesidades del hijo que está por nacer y al mismo tiempo desvinculada del servicio médico necesario para atender su parto, y de las prestaciones económicas que se derivan del mismo.

Esta nueva concepción del fuero de maternidad, no puede desvirtuar, por ninguna razón, la esencia misma del contrato a término fijo o por duración de la obra, pues el hecho que se extienda el fuero de maternidad a estas formas contractuales, no implica que la terminación del contrato no vaya a tener efectividad a la finalización de la licencia de maternidad, habiendo simplemente suspendido de alguna manera al plazo pactado o el momento de culminación de la obra, pero todo ello sin que la desvinculación que se produzca en ese momento, implique de manera alguna una indemnización por despido injustificado.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 15 de abril de 2015, Radicado 47001, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

¹⁷ Ibid.

1.3.2 Corte Constitucional

Lo primero que resulta importante precisar es que, a diferencia de la Corte Suprema de Justicia, para la Corte Constitucional, no existe el requisito de comunicar al empleador el estado de embarazo para que opere la protección reforzada en el trabajo que brinda el fuero de maternidad. Mediante sentencia SU 070 de 2013, este órgano jurisdiccional recogió todas las posiciones que habían tenido las distintas salas de revisión de tutelas al respecto y lo primero que aseguró fue que *“el conocimiento del embarazo de la trabajadora no es requisito para establecer si existe o no protección, sino para determinar el grado de la protección”*¹⁸. Al hablar de grado de protección, esta Corte crea dos reglas para desatar las consecuencias del fuero de maternidad de acuerdo al conocimiento previo que tuviera el empleador antes de desvinculación de la trabajadora, por cuanto determinó que al conocer previamente el estado de embarazo, se presume que el despido se basó en esta situación y por tanto hay lugar a una protección plena y completa en la aplicación del fuero de maternidad. Mientras que el desconocimiento del empleador antes del despido, da lugar a una protección más débil basada en el principio de solidaridad y en la estabilidad laboral durante la maternidad y la lactancia.

Esta primera posición de la Corte Constitucional discierne completamente de la concepción que adopta la Corte Suprema de Justicia sobre el mismo aspecto, pero coincide en una cosa y es en que la comunicación sobre el estado de embarazo se puede presentar de cualquier forma. No obstante, la Corte Constitucional se ha encargado de establecer una serie de presunciones en favor de la trabajadora para determinar que su empleador se encuentra plenamente notificado de su estado de gestación:

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia SU 070 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada

A) Cuando se trata de un hecho notorio: esto es cuando se presenta un estado físico en la trabajadora que permite que sea inferido. Incluso ha determinado que este cambio se hace notorio en el quinto mes del embarazo¹⁹. También opera el hecho notorio cuando se solicitan permisos o se presentan incapacidades laborales con ocasión del embarazo. Cuando el embarazo es de conocimiento público por parte de los compañeros de trabajo.

B) Cuando las circunstancias propias que rodean el despido y las conductas asumidas por el empleador, permiten deducir que tenía conocimiento del embarazo, como cuando se presentan hechos constitutivos de acoso laboral.

En los términos en que ha sido concebido el fuero de maternidad por la Corte Constitucional, solamente es indispensable que se presenten dos condiciones: la primera es la existencia de una relación laboral²⁰ y la segunda, es que la trabajadora se encuentre en embarazo o dentro del término de tres meses posteriores al parto. Al reunir estas dos condiciones, una trabajadora queda amparada por el fuero de maternidad y no podrá ser despedida, o su contrato terminado por ninguna razón; si se llegara a presentar cualquiera de las situaciones, se presumirá que tal hecho tuvo como motivación el estado de gestación o lactancia y se desatarán las consecuencias establecidas en los artículos 239 y 241 del CST.

De esta manera, para la Corte Constitucional existen diferentes hipótesis que se pueden presentar según sea la modalidad contractual que se tenga, y según tenga o no conocimiento el empleador del estado de embarazo, pero en todas ellas hay lugar a la materialización del fuero de maternidad con distintas consecuencias para el empleador como se describe a continuación:

¹⁹ Sentencias T-589 de 2006, T-145 de 2007 y T-354 de 2007; recopiladas todas en Sentencia SU 070 de 2013.

²⁰ Lo cual incluso puede darse en vigencia de otras relaciones de trabajo que sean diferentes a la relación laboral, como lo veremos en el título siguiente de este trabajo.

1.3.2.1 En el contrato a término indefinido

a) Si el empleador tenía conocimiento del estado de embarazo y aun así despide a la trabajadora, sin obtener el permiso del Ministerio del Trabajo, opera el fuero de maternidad en su máximo grado, por tanto el despido se torna ineficaz y hay lugar al pago de una indemnización equivalente a 60 días de salario, independiente del pago de salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo que hubiera estado desvinculada. Sin que haya lugar, eso sí, al reconocimiento de indemnización por despido injustificado, ya que la sanción respecto del despido ha sido la ineficacia del mismo.

b) Si el empleador no tenía conocimiento del estado de gestación puede ser que aduzca una justa causa²¹ para despedir a la trabajadora, caso en el cual la protección que otorga el fuero de maternidad únicamente se circunscribe al pago de las cotizaciones al sistema integral de seguridad social durante la gestación, con el propósito que la trabajadora obtenga su licencia de maternidad. Si por el contrario no aduce una justa causa, opera el fuero de maternidad y hay lugar al reintegro por la ineficacia del despido siempre que logre acreditarse que las causas del contrato no han desaparecido. Si no logra acreditarse esto último por lo menos tendrá derecho al pago de las cotizaciones al sistema integral de seguridad social en la misma forma que el caso anterior.

1.3.2.2 En el contrato a término fijo

a) Si el empleador conoce el estado de embarazo previo al despido puede ocurrir que la desvinculación se produzca antes del vencimiento del contrato y sin autorización de Ministerio de Trabajo, caso en el cual opera plenamente el fuero de maternidad y el despido se torna en ineficaz con todas las consecuencias que ello conlleva más la indemnización de que trata el artículo 239 del CST. Pero si la

²¹ La configuración o no de la justa causa debe ser ventilada ante el Juez Laboral

desvinculación se produce al vencimiento del plazo pactado, el empleador debe contar con la autorización del Ministerio de Trabajo, que verificará la subsistencia de las causas que dieron origen al contrato. Si dichas causas subsisten, el contrato se debe extender por lo menos hasta los tres meses posteriores al parto, si no subsisten las causas del contrato se podrá dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo pero cubriendo las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad. La indemnización de que trata el artículo 239 del CST procederá en este caso si el empleador da por terminado el contrato por vencimiento del plazo sin acudir al Ministerio de Trabajo.

b) Si el empleador no conoce el estado de embarazo previo al despido, puede ocurrir lo siguiente: primero que la desvinculación se presente antes del vencimiento del plazo y sin justa causa, habrá lugar al reconocimiento de las cotizaciones durante la gestación, el reintegro solo puede ser posible si se acredita la existencia de las causas que dieron origen al contrato, pero habrá lugar en todo caso a la indemnización de que trata el artículo 239 del CST. Si se presenta antes del vencimiento del plazo y con justa causa solo hay lugar al reconocimiento de las cotizaciones durante la gestación. Y finalmente, si la desvinculación se produce al vencimiento del contrato, solo será posible reconocer las cotizaciones durante la gestación, sin lugar a reintegro ni a indemnizaciones de ninguna naturaleza.

1.3.2.3 En el contrato por duración de la obra o labor determinada

a) Cuando el empleador conoce previamente el estado de gestación de la trabajadora debe diferenciarse, si la desvincula antes de la finalización de la obra y sin autorización del Ministerio de Trabajo, opera plenamente el fuero de maternidad, el despido se torna ineficaz y hay lugar a la indemnización de que trata el artículo 239 del CST. Si la desvinculación se presenta a la finalización de la obra, debe obtener antes la aprobación del Ministerio de Trabajo que determinará si subsisten las causas que dieron origen al contrato. Si el Ministerio

determina que las causas subsisten, debe extenderse el contrato al menos durante la gestación y hasta seis meses posteriores al parto, de lo contrario, el contrato termina y solo habrá lugar al reconocimiento de las cotizaciones al sistema de seguridad social durante la gestación. Si el empleador finaliza el contrato sin acudir al Ministerio de Trabajo, deberá pagar la indemnización de que trata el artículo 239 del CST.

b) Cuando el empleador no conoce el estado de embarazo previamente y la desvincula antes de la finalización de la obra, sin justa causa, solo procede el cubrimiento de las cotizaciones durante la gestación, el reintegro solo será posible si se acredita que las causas que dieron origen al contrato aún subsisten. Si la desvinculación se presenta antes de la finalización de la obra, pero con justa causa, solo procede el cubrimiento de las cotizaciones durante la gestación. Y finalmente, si la desvinculación se presenta a la finalización de la obra solo procede el reconocimiento de las cotizaciones durante la gestación.

Como vemos, para la Corte Constitucional el fuero de maternidad opera siempre en las relaciones laborales, sin importar la modalidad contractual que adopten, solo que gradúa el ámbito de protección según haya o no conocimiento previo del empleador y según se invoque o no una justa causa para la finalización del vínculo contractual de manera unilateral.

La concepción que tiene la Corte Constitucional sobre el fuero de maternidad, va más allá de la ineficacia del despido y procura por una protección a la gestación y una garantía del mínimo vital para la trabajadora gestante y lactante, por encima de cualquier discusión sobre las condiciones mismas del contrato de trabajo. Por esta razón, el fuero de maternidad abarca no solo la prohibición del despido, sino también una serie de consecuencias prestacionales, en cabeza del empleador, en cualquier caso donde se produzca la desvinculación de la trabajadora gestante o lactante, por cualquier causa.

Para esta Corte el fuero de maternidad, entendido como la estabilidad laboral reforzada para trabajadoras gestantes y lactantes, debe extenderse por el término del período de gestación y por el término que dure la licencia de maternidad, concepción en la cual coincide con la Corte Suprema de Justicia, rescatando eso sí las diferencias entre una y otra Corte en la concepción misma de lo que es el fuero de maternidad.

Finalmente, resulta necesario hacer alusión a la reciente sentencia C-005 de 2017, en la cual la Corte Constitucional ha extendido los beneficios del fuero de maternidad al cónyuge, compañero permanente o pareja de la mujer embarazada que no labora y que sea beneficiaria de aquél. Esta protección, según la Corte Constitucional, encuentra fundamento en la existencia de una obligación general y objetiva de protección a la mujer embarazada o lactante a cargo del Estado. Por tanto la protección no se puede hacer efectiva únicamente en favor de la mujer trabajadora, pues la mujer que no cuenta con un empleo al momento de su embarazo también experimenta las mismas necesidades de aquella si lo tiene. En este sentido es necesario, para la protección de la maternidad como situación familiar, proteger también con el fuero especial en el empleo al cónyuge, compañero permanente o pareja de esta mujer, pues esta va a ser la persona que se encargará de proporcionar lo necesario para la satisfacción de las necesidades de la mujer y del hijo que esta por nacer, en lo económico y en lo asistencial. También es importante precisar, que aunque algunos sectores de la doctrina ya comienzan a hablar de la creación de un fuero de paternidad, no es esto lo que la Corte Constitucional ha reconocido en esta providencia, pues incluso deja abierta la posibilidad de aplicar esta protección a la pareja de la mujer embarazada, aunque sea esta otra mujer también o una persona diferente del padre progenitor de ese embarazo. Es por esto que no encuentro adecuado hablar de fuero de paternidad en estricto sentido, aunque el debate todavía está darse en esta materia.

2. EXTENSIÓN DEL FUERO DE MATERNIDAD MAS ALLA DE LA SIMPLE RELACIÓN LABORAL

En el ámbito de la prestación personal del servicio o relaciones de trabajo, pueden existir relaciones complejas que van más allá del simple contrato de trabajo. En esta categoría podemos describir ilustrativamente las relaciones de trabajo que se presentan a través de las empresas de servicios temporales (EST), las que se presentan en las Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA) y los contratos de prestación de servicios, únicamente para hablar de los más representativos y conocidos en el mercado laboral contemporáneo. En estas modalidades de trabajo se puede presentar también el caso de una mujer en estado de gestación o lactancia, y por ende se hace necesario hablar de fuero de maternidad en estos eventos. Este tema ha resultado ajeno, en principio, a la Corte Suprema de Justicia porque se parte de la convicción generalizada en que no existe una relación laboral entre los contratantes, y solamente en caso que se acredite, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre la forma²², que se está en presencia de una verdadera relación laboral, la Corte entra a estudiar si existe o no un fuero de maternidad en cada caso, y aplicará para ello las reglas que ya referimos en el título anterior.

Por lo tanto, ha sido tarea de la Corte Constitucional extender los efectos del fuero de maternidad a estas modalidades contractuales, sin necesidad de esclarecer si se trata de un contrato de trabajo o de otra modalidad de contrato que descarta la existencia de relaciones laborales subordinadas, y en esta labor ha unificado las soluciones en torno a dos reglas específicas: 1) Procurar el reconocimiento de las cotizaciones al sistema de seguridad social hasta que alcance la licencia de maternidad, o 2) Obtener el reintegro o la renovación del contrato. Para justificar estas medidas de protección ha precisado lo siguiente:

²² Principio que establece igualmente el artículo 53 de la Constitución Nacional

La jurisprudencia constitucional ha desarrollado entonces líneas jurisprudenciales cuyo fin ha sido asimilar las distintas alternativas laborales de las mujeres embarazadas a la categoría de relación laboral sin causales específicas de terminación, con el fin de extender su protección y cumplir con el carácter reforzado de la misma, ordenado por la Constitución. Esto le ha permitido adoptar medidas de protección propias de la legislación laboral, cuales son el reintegro o el reconocimiento de las prestaciones de seguridad social cuando el reintegro no es posible. Lo cual, tiene por consecuencia reconocer la garantía de estabilidad laboral (conservación de la alternativa laboral) como manifestación práctica de la aplicación de la protección de la maternidad. Por lo que, resulta ineludible concluir que la modalidad de contratación no hace nugatoria la protección, sino remite al estudio de la pertinencia o alcance de una u otra medida de protección²³.

En el desarrollo de esta tarea, la Corte Constitucional ha definido unas reglas para aplicar el fuero de maternidad, en consideración a que:

(...) las alternativas laborales protegidas por la Constitución no se circunscriben únicamente a la relación laboral sino también a otras opciones de subsistencia como el contrato de prestación de servicios, de cooperativismo, de servicios temporales, entre otros, entonces resulta procedente la aplicación de las medidas propias de estabilidad en relaciones laborales, a alternativas laborales sustentadas en relaciones contractuales distintas al contrato de trabajo. Y, la manifestación práctica de esta lógica es el reintegro o la renovación del contrato como medida de protección principal²⁴.

Estas reglas de protección giran en torno a las mismas soluciones planteadas para el fuero de maternidad en los contratos de trabajo, es decir que busca principalmente la renovación del contrato y subsidiariamente el reconocimiento de cotizaciones suficientes para alcanzar la licencia de maternidad.

²³ Corte Constitucional. Sentencia SU 070 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada

²⁴ Ibid.

2.1 CONTRATO DE ASOCIACIÓN COOPERATIVA

Tradicionalmente esta modalidad contractual se ha prestado para encubrir verdaderas relaciones de trabajo, por eso es que en la actualidad se encuentra prohibido para las CTA la intermediación laboral, en el sentido de enviar a sus asociados a laborar al servicio de otras empresas. Sin embargo, cuando se presenta esta situación en el caso de mujeres gestantes o lactantes, se procederá como si se tratara de un contrato laboral (indefinido, a término fijo o por duración de la obra, según el caso) y se aplicarán las reglas correspondientes sobre el fuero de maternidad en el respectivo contrato laboral al que se asimile su relación de trabajo, pero con la connotación de ser solidariamente responsables la Cooperativa y la empresa donde se encuentre realizando labores la trabajadora.

2.2 CONTRATO CON EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES (EST)

Lo primero que hay que aclarar es que la vinculación con este tipo de empresas se hace a través de contratos de trabajo, lo cual de entrada implica que se trate de una relación laboral en estricto sentido, y en este orden de ideas el fuero de maternidad en estos casos opera de acuerdo al tipo de contrato que se haya suscrito.

Lo complejo en este caso es cuando se utiliza esta modalidad contractual para encubrir verdaderas relaciones de trabajo, o para realizar una labor de mera intermediación en la contratación²⁵. En estos casos, debe operar el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecido en el artículo 53 de la Constitución Nacional, y en tal caso habrá que involucrar a la supuesta empresa usuaria en las consecuencias que se derivan de la activación del fuero de maternidad, contando así con más alternativas de mantener el empleo antes que

²⁵ De conformidad con el artículo 35 del CST son simples intermediarios las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador.

optar por la solución de cubrir las cotizaciones al sistema de seguridad social, pues la empresa usuaria, quien funge como verdadero empleador, debe reintegrar al empleo a la trabajadora amparada por el fuero de maternidad.

2.3 CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

En este caso, al igual que en el anterior, resulta de gran importancia determinar si se trata en efecto de un contrato de prestación de servicios, ajeno a la subordinación que es propia de las relaciones laborales, porque de lo contrario se estaría ocultando una verdadera relación laboral. En caso que se logre establecer que en efecto se ha configurado una verdadera relación laboral, la protección del fuero de maternidad operaría igual que opera para los contratos a término fijo, porque la Corte Constitucional ha entendido que dentro de las características esenciales de este tipo de contratos, se encuentra el plazo como límite temporal a la ejecución del mismo²⁶.

En todo caso, es necesario precisar que la protección reforzada en el empleo a la mujer gestante o lactante que han sido descritas, únicamente comprenden el período de gestación y lactancia, entendiendo que este último solo abarca hasta los tres meses posteriores al parto. Lo cual no significa otra cosa que el entendimiento en la estabilidad laboral de que trata el artículo 53 superior, se trata en efecto de una estabilidad relativa o impropia, en contraposición a la estabilidad absoluta o propia, que la misma Corte Suprema de Justicia se encargó de definir como la que opera en nuestro ordenamiento jurídico.

²⁶ Así lo entendió al unificar su jurisprudencia sobre la materia en la Sentencia SU 070 de 2013 al advertir que “(...) la Sala ha dispuesto que se deberán aplicar las reglas propuestas para los contratos a término fijo, en razón a que dentro las característica del contrato de prestación de servicios, según lo ha entendido esta Corporación, se encuentran que se trata de un contrato temporal, cuya duración es por un tiempo limitado, que es además el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido”

2.4. CONTRATO DE APRENDIZAJE

No obstante haber sido reiterativa en resaltar que la Corte Constitucional ha indicado que el fuero de maternidad opera sin importar el tipo de contrato²⁷, merece especial mención lo que ha sido desarrollado en materia de contrato de aprendizaje, pues en sentencias T-906 de 2007 y T-174 de 2011 la Corte Constitucional realizó un análisis pormenorizado al respecto.

En nuestro país el contrato de aprendizaje se rige por la Ley 789 de 2002 y por el Decreto 933 de 2003 que la reglamenta, y en virtud de estas normas se define como una forma especial dentro del derecho laboral mediante la cual una persona natural desarrolla formación teórica práctica a cambio de que una empresa patrocinadora proporcione los medios para adquirir formación profesional por un tiempo determinado no superior a dos años, y por esto reciba un apoyo de sostenimiento mensual que en ningún caso constituye salario.

La Corte Constitucional²⁸ ha concluido, en las providencias antes mencionadas, que aunque el contrato de aprendizaje no tenga la naturaleza de un contrato laboral²⁹, se equipara a este en lo concerniente a la protección del fuero de maternidad en razón a los principios de solidaridad, estabilidad laboral y protección a la maternidad conforme a los fines del Estado Social de Derecho.

En desarrollo de estos postulados, se ha entendido que en aquellos eventos en que, en desarrollo de un contrato de aprendizaje la aprendiz resulta en estado de embarazo, la empresa patrocinadora está en la obligación de mantener el contrato durante el período de protección del fuero de maternidad, pagar las cotizaciones al

²⁷ Como se ha referido la Corte en todas las sentencias hasta aquí expuestas en citas de pie de página, pero que en todo caso quedó recopilado en la Sentencia SU 070 de 2013

²⁸ En Sentencia T-174 de 2011

²⁹ Como lo definió al analizar la exequibilidad de la Ley 789 de 2002 en Sentencias C-038 de 2004, C-175 de 2004 y C457 de 2004.

sistema de salud, independientemente de la etapa en que se encuentre el contrato de aprendizaje, y pagar el respectivo apoyo de sostenimiento.

De esta manera, la Corte Constitucional ha fijado las reglas necesarias para garantizar el fuero de maternidad para las aprendices que han quedado en estado de gestación durante la ejecución del contrato de aprendizaje porque *“a pesar de que el contrato de aprendizaje no tiene la connotación del contrato laboral, para aquellos casos en los cuales los sujetos de amparo son la madre gestante y el niño que está por nacer, por la categoría de especialidad que tiene el contrato de aprendizaje, algunos de sus elementos son trasladados al ordenamiento laboral generándose la activación inmediata del fuero por maternidad”*³⁰.

³⁰ Corte Constitucional Sentencia T-174 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

3. ACCIONES PARA LA PROTECCIÓN DEL FUERO DE MATERNIDAD

Tratándose en esencia del desarrollo de derechos constitucionales, como lo son la estabilidad laboral y los principios de libertad e igualdad, la acción más adecuada para la defensa ante la vulneración de estos postulados, será siempre la acción de tutela. Sin embargo, la acción de tutela, por ser una acción residual y subsidiaria, únicamente debe intentarse cuando los mecanismos ordinarios de defensa sean insuficientes o se esté ante la inminencia de un perjuicio irremediable, esto como regla general, pero la Corte Constitucional ha agregado para estos casos una condición según la cual *“procede la acción de tutela para la protección reforzada a la maternidad en el ámbito del trabajo, siempre que el despido, la terminación o no renovación del contrato, amenace el mínimo vital de la madre o del niño que acaba de nacer”*³¹.

Desde esta perspectiva, vamos a analizar cada una de las acciones en las que puede procurarse la defensa de los derechos de las trabajadoras que se encuentran cobijadas con el fuero de maternidad en los términos descritos en los títulos precedentes:

³¹ En este sentido, en la sentencia T-550 de 2006 que reitera lo establecido en la sentencia T-426 de 1998, esta Corporación señaló que *“la jurisprudencia ha admitido que la terminación unilateral sin justa causa del contrato de trabajo con una mujer en período de gestación origina la violación de derechos fundamentales cuya protección es factible, en ciertas circunstancias, mediante la acción de tutela. En efecto, sobre el particular expresó que aunque la regla general es la improcedencia de la acción de tutela para obtener el reintegro al cargo por ineficacia del despido, tal regla tiene una excepción que se presenta en el caso del despido de la mujer que está en estado de embarazo, circunstancia en la cual la acción de tutela es procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando se busca proteger el mínimo vital de la futura madre o del recién nacido”*.

3.1 ACCIÓN ORDINARIA

Esta es la acción que procede antes los jueces del trabajo en la jurisdicción ordinaria, la misma que se inicia a través de demanda en proceso laboral de única o primera instancia según sea el monto total de las pretensiones de contenido económico, que no en todos los casos es igual porque está supeditado al valor del salario de la trabajadora.

De esta manera tenemos dos hipótesis: la primera es cuando la relación de trabajo ha iniciado mediante un contrato de trabajo, bien sea escrito o verbal, con todos los elementos propios de la relación laboral³²; la segunda cuando ha iniciado una relación de trabajo, pero bajo la estructura de un contrato diferente al laboral, como lo puede ser un contrato de prestación de servicios, un contrato de cooperativismo, o cualquier otra modalidad que pueda desdibujar la relación laboral de manera aparente.

En el primer caso se inicia la acción ordinaria con la pretensión clara de obtener la declaración de ineficacia del despido o de la terminación del contrato, según el caso, y eventualmente la indemnización de que trata el artículo 239 del CST en los casos en los que proceda. Adicional a esta declaratoria también se puede pretender el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo que la trabajadora esté por fuera del empleo. Pero las consecuencias de esta protección, como lo vimos, únicamente se extienden por el término de gestación y lactancia, que de acuerdo a la concepción de la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, se extiende hasta la culminación de la licencia de maternidad.

³² Artículo 23 del CST: Prestación personal del servicio por parte de la trabajadora, continuada subordinación y remuneración.

En la segunda hipótesis, resulta más complejo el debate probatorio porque será necesario que en primer lugar se obtenga la declaración de la existencia de un contrato realidad, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, el juez debe declarar que en realidad se trata de una relación laboral y no de una relación civil o comercial entre las partes. Una vez superada esta pretensión se podrá determinar si en efecto operó el fuero de maternidad y cuál es el grado de protección que merece de acuerdo al tipo de contrato que se haya declarado, que casi siempre será indefinido ya que al ocultar la relación laboral resulta muy difícil que se cumplan luego las formalidades de los contratos a término fijo o por duración de la obra o labor determinada.

3.2 ACCIÓN DE TUTELA

Esta acción ha sido concebida como un mecanismo residual y sumario, por lo que solo procede cuando la persona no cuente con un medio de defensa judicial, o cuando aun existiendo otro medio defensa, éste no resulte idóneo y eficaz para lograr la protección efectiva de los derechos amenazados o vulnerados. Es este el denominado por la jurisprudencia *principio de subsidiariedad*³³ que encuentra su excepción en dos circunstancias; la primera de ellas cuando a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial, la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. La segunda cuando los medios de defensa judicial existentes no resultan eficaces para brindar un amparo de forma integral³⁴.

Al elegir la acción de tutela como mecanismo de defensa, se pueden presentar dos situaciones: la primera es que la acción ordinaria sea suficiente para proveer un remedio integral, pero que no sea suficientemente expedita para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. En este caso la acción de tutela procede como mecanismo transitorio mientras se resuelve el caso en la vía ordinaria. En la

³³ Corte Constitucional. Sentencia T-723 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU 961 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

segunda situación, puede ocurrir que la acción ordinaria no sea útil para resolver el problema de forma idónea y eficaz, circunstancia en la cual es procedente conceder el amparo constitucional de manera definitiva³⁵.

En este punto es importante recordar que la aplicación del fuero de maternidad depende de la jurisdicción en que se analice el caso, siendo mucho más amplia y extensa la protección que ha otorgado la jurisdicción constitucional a través de su órgano de cierre, que la protección que ha otorgado la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, la cual ha sido limitada a eventos muy concretos y particulares. Por esta razón, la Corte Constitucional *“ha entendido que el mecanismo ordinario previsto por el ordenamiento jurídico para resolver un asunto no es idóneo, cuando, por ejemplo, no permite resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrece una solución integral frente al derecho comprometido”*³⁶, siendo esta justamente la situación en la que se encuentra el limitado concepto de fuero de maternidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

El juicio de subsidiariedad además debe ser tratado con menos rigurosidad cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional, entre los que se encuentra, desde luego, las mujeres en estado de gestación o lactancia³⁷.

Finalmente, con ocasión a la pretensión en concreto que busca materializar el fuero de maternidad, el cual desde luego es la ineficacia del despido de manera principal, y en algunos casos el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones; la Corte Constitucional ha permitido que sea la acción de tutela el mecanismo idóneo para garantizar la protección de los derechos afectados, teniendo en cuenta que se trata de personas en condición de debilidad manifiesta y que los

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-256 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

³⁶ Ibid.

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-836 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto

derechos que se encuentran amenazados son el mínimo vital y la vida digna³⁸, pues en estos casos *“la situación particular que rodea al peticionario impide que la controversia sea resuelta por las vías ordinarias, requiriendo de la procedencia de la acción de tutela, ya sea para brindar un amparo integral o para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable en su contra”*³⁹.

La acción de tutela se erige así como el mecanismo más utilizado para procurar la protección de las trabajadoras en estado de gestación o lactancia por la doctrina misma que ha desarrollado la Corte Constitucional respecto de su procedencia en la mayoría de los casos:

(...) con ocasión de la estrecha relación que guarda el amparo con el principio de no discriminación, y con la especial situación de indefensión que se genera, pues la terminación del vínculo por lo general afecta la fuente de la cual derivan su sustento y, en muchas ocasiones el de su familia, requiriendo de la intervención del juez constitucional para asegurar la defensa de sus derechos a la vida digna, al mínimo vital y a la seguridad social, lo cual difícilmente se puede obtener, con el mismo grado de eficacia, a través del ejercicio de los otros mecanismos de defensa judicial(...).

De esta manera, la jurisprudencia ha señalado que cuando lo que se reclama es la efectividad de la protección especial a la maternidad, procede la tutela como mecanismo judicial prevalente, pues tal salvaguarda permite asegurar la eficacia de los mandatos consagrados en el ordenamiento constitucional y en los instrumentos internacionales, a través de los cuales se exige la defensa de los derechos de las trabajadoras, se proscribe la discriminación y se aseguran los derechos del hijo recién nacido o que está por nacer; siendo primordial que durante el período de gestación, e incluso post parto, las necesidades de la madre y el niño sean atendidas oportuna e integralmente⁴⁰.

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-400 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-256 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

⁴⁰ Ibid.

4. CONCLUSIONES

- En nuestro ordenamiento jurídico existe, sin lugar a dudas, un fuero especial que cubre a las madres gestantes y lactantes, denominado por la jurisprudencia y la doctrina “*fuero de maternidad*”, el cual encuentra sustento jurídico en normas de carácter constitucional, como los artículos 13, 43 y 53 de la Constitución Política, pero también en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad al haber sido ratificados por el Estado colombiano. Este fuero, además, tiene un desarrollo legal en los artículos 239 a 241 del Código Sustantivo del Trabajo, y ha sido desarrollado por las Altas Cortes en cuanto a su contenido, características y ámbito de aplicación.
- El ordenamiento jurídico colombiano ha adoptado, en su faceta legislativa y en sus principios constitucionales, una estabilidad laboral impropia. Sin embargo, hay lugar a la protección laboral reforzada en casos muy concretos, entre los que se destaca la protección en el empleo para las trabajadoras gestantes y lactantes; dando lugar así a una estabilidad laboral reforzada dentro del marco de estabilidad impropia que rige como regla general.
- De acuerdo al desarrollo de la figura del fuero de maternidad, este se presenta cuando concurren dos requisitos: a). cuando existe una relación laboral real o aparente; y b). cuando la trabajadora se encuentra en estado de gestación o dentro de los tres meses posteriores al parto.
- La característica principal del fuero de maternidad no está en la prohibición de despedir a la trabajadora o mantenerle su relación laboral, sino que va más allá de esto, procurando una garantía de ingreso económico para la trabajadora durante la maternidad y la lactancia, así como también garantizar el acceso a las prestaciones asistenciales y económicas del sistema de

seguridad social en salud, al menos hasta que termine su licencia de maternidad.

- La aplicación del fuero de maternidad no está supeditada al conocimiento del empleador, y por tanto su protección no inicia desde dicho conocimiento sino que esta protección inicia desde el instante mismo en que la trabajadora ha concebido y se extiende, indistintamente del contrato que rija la relación de trabajo, hasta la finalización de la licencia de maternidad.
- El principal propósito del fuero de maternidad es garantizar la continuidad en el empleo de la trabajadora hasta la finalización de su licencia de maternidad, pero cuando esto no resulta posible por la imposibilidad física, se procura que la trabajadora gestante al menos tenga la garantía del acceso a los servicios de salud durante la gestación y al pago de una licencia de maternidad durante la lactancia.
- Tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional coinciden en dos aspectos fundamentales: el primero es que la protección en el empleo que otorga el fuero va más allá del despido y se extiende también a la terminación del contrato por vencimiento del plazo o por terminación de la obra contratada. El segundo aspecto, es que este tipo de protección reforzada solo procede en relaciones de trabajo que se enmarquen dentro de una relación laboral, ya sea esta real o aparente, pero que en todo caso puede acreditarse que en realidad se trata de una relación laboral.
- El aspecto en el que discrepan las dos Cortes, es que el papel que desempeña el conocimiento previo del empleador antes de la desvinculación o despido, pues para la Corte Suprema este factor es el que determina la existencia o no del fuero, mientras que para la Corte Constitucional este factor solo determina la forma de aplicar la protección, pero siempre habrá protección sin importar el conocimiento previo del empleador.

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA

BALLESTEROS BARON, Carlos Alberto y otros. Derecho laboral individual colombiano. Medellín: Editorial Universidad de Medellín. 2015.

DIAZ TÁMARA, Jaime Alfonso. El fuero constitucional de maternidad frente al choque de trenes. En: Revista Advocatus de Barranquilla. Noviembre, 2009. No 12, pp. 143-154.

GOYES MORENO, Isabel y otra. Principios del derecho laboral: líneas jurisprudenciales. Pasto: Editorial Uranio. 2006.

HERNÁNDEZ SIERRA, Gustavo. Aspectos prácticos del derecho al trabajo. Ibagué: Editorial Miguel Wilches. 1999.

ISAZA CADAVID, Germán. Derecho laboral aplicado: derecho laboral general, individual y colectivo, seguridad social y pensiones, procedimiento laboral. Bogotá: Editorial Leyer. 2011.

OSORIO PÉREZ, Viviana. Fuero de maternidad en la tercerización e intermediación laboral: respuestas jurídicas ante nuevas y agudas formas de precarización para las mujeres. En: Revista Cultura y Trabajo de Medellín. Febrero, 2014. No 90, pp. 103-113.

OSTAU DE LAFONT DE LEON, Francisco Rafael. Estudio histórico del derecho laboral colombiano: el discurso paternalista en la formación de la norma laboral. Bogotá: Editorial Universidad Libre. 2011.

ROJAS, Armando. Fuero de maternidad. Garantía a la estabilidad laboral. En: Revista de Derecho de Barranquilla. Junio, 2003. No 19, pp. 126-141.

JURISPRUDENCIA

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-470 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

----- Sentencia SU-961 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

----- Sentencia T-629 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

----- Sentencia T-723 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

----- Sentencia T-174 de 201, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

----- Sentencia T-886 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

----- Sentencia SU-070 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada.

----- Sentencia T-138 de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa.

----- Sentencia T-256 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

----- Sentencia T-353 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

----- Sentencia C-005 de 2017, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral.
Sentencia del 27 de abril de 2010, radicado 38190, M.P. Luis Javier López Osorio.

-----. Sentencia del 30 de agosto de 2011, radicado 40283, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

-----. Sentencia del 19 de octubre de 2011, radicado 41075, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

-----. Sentencia del 30 de enero de 2013, radicado 38272, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

-----. Sentencia del 30 de julio de 2014, radicado 38288, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderon.

-----. Sentencia del 28 de mayo de 2015 radicado 46731, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

-----. Sentencia del 15 de abril de 2015 radicado 47001, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

-----. Sentencia del 25 de marzo de 2015, radicado 38239, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno.

NORMAS

COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. 1991.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto Ley 3743 de 1950. "Sobre Código Sustantivo del Trabajo".

-----. Ley 51 de 1981. "Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer".

-----. Ley 50 de 1990. "Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones".

-----. Ley 1438 de 2011. "Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".

-----. Ley 1822 de 2017. "Por medio de la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos 236 y 239 del Código sustantivo del trabajo y se dictan otras disposiciones".

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 1398 de 1990. "Por el cual se desarrolla la Ley 51 de 1981".

OIT. Convenio 103 relativo a la protección de la maternidad. 1952

ONU. Declaración Universal de los Derechos Humanos. 1948.

ONU. Pacto de derechos económicos, sociales y culturales. 1966.

ONU. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. 1979.